



OLG Düsseldorf, 13.12.2017, VII-Verg 33/17

## Auskömmlichkeitsprüfung nur bei deutlichem Preisabstand

Für öffentliche Auftraggeber kann sich aus zwei Gründen eine Pflicht zur Auskömmlichkeitsprüfung nach § 60 Abs. 1 VgV ergeben: Zum einen bei deutlichen Abweichungen zwischen den beiden günstigsten Angeboten, zum anderen bei einem deutlichen Unterschied zwischen geschätztem Auftragswert und eingegangenem Angebot.

Die Rechtsprechung hat bereits Kriterien entwickelt, wann öffentliche Auftraggeber bei Preisabständen zwischen den einzelnen Angeboten eine Preisprüfung durchführen müssen (Vgl. u.a. Keine Unterkostenprüfung bei Preisabstand von unter 10 Prozent (OLG Karlsruhe, 06.08.2014, 15 Verg 7/14); OLG Celle: Preisauflärung erst ab 20 Prozent Abweichung (19.02.2015, 13 Verg 11/14)). Für den Fall einer Abweichung zum geschätzten Auftragswert kann sich eine Pflicht zur Preisprüfung nach dem OLG Düsseldorf nur ergeben, wenn der Auftragswert korrekt ermittelt wurde.

Im zu entscheidenden Fall wichen die eingereichten Angebotspreise allerdings nur „im unteren einstelligen Prozentbereich“ voneinander ab. Die Auftragswertschätzung wiederum taugte nicht als Vergleichsgröße, weil diese zu hoch angesetzt war. Einer Preisprüfung bedurfte es deshalb nicht.

### Städtische Messengesellschaft als öffentlicher Auftraggeber

(OLG Düsseldorf, 21.03.2018, VII-Verg 50/16)

Auch eine privat betriebene städtische Messengesellschaft kann öffentlicher Auftraggeber sein. Das ist der Fall, wenn sie nicht zu normalen Marktkonditionen tätig ist, etwa, weil ihr der öffentliche Eigentümer im Vergleich zu privaten Anbietern Sonderkonditionen gewährt.

Die hier in Frage stehende Messengesellschaft erhält vom städtischen Eigentümer ihre Liegenschaften und weitere Vergünstigungen, die andere private Anbieter nicht bekommen. Deshalb wurde die Messengesellschaft als öffentlicher Auftraggeber eingestuft. Die Folge: Sie muss ihre Aufträge nach Vergaberecht ausschreiben.



Dr. Daniel Soudry, LL.M. ist Fachanwalt für Vergaberecht und Partner der Sozietät Soudry & Soudry Rechtsanwälte (Berlin). Er berät Unternehmen und öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen und in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren. Dr. Soudry tritt regelmäßig als Referent auf und publiziert laufend zu vergaberechtlichen Themen. Soudry & Soudry Rechtsanwälte werden von Who's Who Legal und Juve als renommierte Kanzlei für Vergaberecht empfohlen.

## Vertragsbedingungen sind bis an die Grenze der Zumutbarkeit zulässig

(VK Bund, 14.02.2018, VK 2-3/18)

Vertragsbedingungen, die Bieter benachteiligen, sind grundsätzlich zulässig. § 8 Nr. 1 Abs. 3 der alten VOL/A (2006) bestimmte noch, dass Bieter durch den Vertrag kein „ungewöhnliches Wagnis“ aufgebürdet werden darf. Diese Regelung ist zwar in der VOL/A 2009 weggefallen und auch in die neue VgV nicht wieder aufgenommen worden. Deshalb sind Bieter aber nicht schutzlos gestellt. Vertragsklauseln sind auch nach geltendem Recht unzulässig, wenn sie aus Bietersicht unzumutbar sind.

Im hier entschiedenen Fall ging es um eine Rahmenvereinbarung, die sich noch im Rahmen des Erlaubten bewegte. Der öffentliche Auftraggeber verlangte zwar eine volle Leistungsbereitschaft des Bieters ohne Abnahmeverpflichtung und ohne volle Kompensation. Die Vergabekammer betonte aber: Öffentliche Auftraggeber dürfen auch für Bieter „riskante“ Leistungen beschaffen. Eine vertragliche Abweichung von der üblichen Risikoverteilung ist nicht verboten und da vorliegend alle Risiken transparent waren, konnte der Bieter diese durch Sicherheits- und Risikoaufschläge einpreisen. Schließlich, so die Vergabekammer, liege es „in der Natur von Rahmenvereinbarungen, dass sie mit Unsicherheiten (...) belastet sind und dass diese Unsicherheiten nicht allein vom Auftraggeber zu tragen sind, sondern auch von den Bietern“.

## E-Vergabe: Bieter müssen sich selbst um Updates kümmern

(VK Südbayern, 19.03.2018, Z3-3-3194-1-54-11/17)

Wer sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, muss sich selbst um Softwareupdates kümmern. Das hat die Vergabekammer Südbayern in einem aktuellen Beschluss festgestellt. Ein Bieter hatte kurz vor Ablauf der Angebotsfrist versucht, sein Angebot über die elektronische Plattform abzugeben. Wegen technischer Probleme sah er davon ab und reichte das Angebot stattdessen per E-Mail ein. Diese E-Mail kam zu spät und wurde vom öffentlichen Auftraggeber nicht mehr beachtet.

Zu Recht meint die Vergabekammer. Denn die Probleme bei der Abgabe des Angebots wurden durch eine fünf Jahre alte Software des Bieters hervorgerufen, was in seiner Risikosphäre liege. Der öffentliche Auftraggeber hatte sogar im Handbuch zur Plattform auf die Notwendigkeit aktueller Software hingewiesen, ohne dass der Bieter dieses – trotz Problemen – zu Rate zog.

Der öffentliche Auftraggeber hätte überhaupt nicht auf die Notwendigkeit der Installation von Softwareupdates hinweisen müssen. Von einem Unternehmen, das sich an EU-weiten Vergabeverfahren beteiligt, könnten Kenntnisse über den Zusammenhang von Updates und Funktionseinbußen bei Computerprogrammen erwartet werden. Bieter sollten daher regelmäßig ihre Software aktualisieren und zwar am besten, bevor in Vergabeverfahren die heiße Angebotsphase beginnt. Oder in den Worten der Vergabekammer: „Es wäre blauäugig zu meinen, dass eine einmal installierte Software für Jahre vollumfänglich funktionsfähig bliebe.“

**NEU** **Edelstahl** **NEU**

Die perfekte Reinigung

EDELSTAHLREINIGUNG TEST-BOX

19,95 €

nur 19,95\*UVP  
im guten Fachhandel

**SOLUTION**  
Glöckner Vertriebs-GmbH

www.solution-gloeckner.de

\*UVP = unverb. Preisempfehlung, netto



**NEU** **Edelstahl** **NEU**

Die perfekte Reinigung

EDELSTAHLREINIGUNG TEST-BOX

19,95 €

nur 19,95\*UVP  
im guten Fachhandel

**SOLUTION**  
Glöckner Vertriebs-GmbH

www.solution-gloeckner.de

\*UVP = unverb. Preisempfehlung, netto

**NEU** **Edelstahl** **NEU**

Die perfekte Reinigung

EDELSTAHLREINIGUNG TEST-BOX

19,95 €

nur 19,95\*UVP  
im guten Fachhandel

**SOLUTION**  
Glöckner Vertriebs-GmbH

www.solution-gloeckner.de

\*UVP = unverb. Preisempfehlung, netto